T.I
36

UNIVERSIDAD DEL SALVADOR
FACULTAD DE DERECHO
BIBLIOTECA

ARIEL ANGEL DASSO

EL DERECHO DE SEPARACION DEL ACCIONISTA EN LA SOCIEDAD ANONIMA

TESIS DOCTORAL

UNIVERSIDAD DEL SALVADOR
Fac. C. Jur. Biblioteca
Nº Crd. 46.340
Ubic 347.725(043)
Mat. D45

347.725

INDICE

PRIMERA PARTE

TEORIA DEL DERECHO DE RECESO

CAPITULO I .- PRIMERA APROXIMACION.- 2

" II..- INTRODUCCION Y EVOLUCION DE LA REGLA DE MODIFICACION DEL ESTATUTO POR MAYORIA 6

" III .- BUSQUEDA DE LA FUNDAMENTACION DE LA APLICACION DE LA REGLA MAYORITARIA EN LA SOCIEDAD DE CAPITALES 11

" IV .- LA MODIFICACION DEL ESTATUTO 12

" V .- LA MODIFICACION DEL ESTATUTO Y LA INALTERABILIDAD DE LA ENTIDAD SOCIETARIA.CATEGORIAS DE MODIFICACIONES IMPLICADAS EN EL DERECHO DE RECESO 14

" VI .- EL ACTO CONSTITUTIVO,EL ESTATUTO Y LA DISCIPLINA CONTRACTUAL 18

" VII .- LA REGLA MAYORITARIA Y LA PERSONALIDAD JURIDICA 23

" VIII .- SOCIEDAD: SU CARACTERIZACION COMO CONTRATO PLURILATERAL DE ORGANIZACION-ASOCIATIVO.- COMPATIBILIDAD DE LA REGLA MAYORITARIA Y EL DERECHO DE RECESO CON LA DISCIPLINA CONTRACTUAL 26

" IX .- EL DERECHO DE RECESO: LIMITACION A LA REGLA MAYORITARIA O TUTELA DEL DERECHO SUBJETIVO DEL ACCIONISTA 36

" X .- EL DERECHO DE RECESO Y SU COHERENTE INSERCION EN EL PRINCIPIO DE MAYORIA 43

CAPITULO:	XI	.- POSIBILIDAD DE DEROGACION CONVENCIONAL A LA REGLA MAYORITARIA	50
"	XII	.- NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DE RECESO	53
"	XIII	.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO DE RECESO Y RECEPCION NORMATIVA	57
"	XIV	.- EL DERECHO DE RECESO EN LA DOCTRINA NACIONAL.CONCEPTOS Y DEFINICIONES	64
"	XV	.- DEFINICION Y NOTAS CARACTERISTICAS DEL DERECHO DE RECESO	76
"	XVI	.- VALORACION DEL DERECHO DE RECESO	78

SEGUNDA PARTE

CAUSALES DEL DERECHO DE RECESO

CAPITULO XVII .- ENUMERACION DE LAS CAUSALES DEL DERECHO DE RECESO EN LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES 19.550 84

" XVIII .- CARACTERES DE LAS CAUSALES: TAXATIVIDAD E IRRENUNCIABILIDAD.SU SENTIDO 89

" XIX .- LA TRANSFORMACION DE LA SOCIEDAD COMO CAUSAL DE RECESO.PRIMERA APROXIMACION AL TEMA.CONCEPTO DE TRANSFORMACION.CASOS LIMITES. 95

" XX .- LA TRANSFORMACION COMO CAMBIO DE TIPO-ESTRUCTURA O COMO CAMBIO DE CAUSA 100

" XXI .- SIGUE: TRANSFORMACION.SU JUSTIFICACION COMO CAUSAL DE RECESO.EL EJERCICIO DEL DERECHO DE RECESO EN CASO DE TRANSFORMACION 103

I.- DELIBERACION DE TRANSFORMACION 103

II. DERECHO DE LOS ACREEDORES 104

III. SITUACION DEL ACCIONISTA EN CASO DE SOCIEDAD ANONIMA QUE SE TRANSFORMA EN SOCIEDAD EN LA QUE ASUMA CARACTER DE SOCIO CON RESPONSABILIDAD LIMITADA 104

IV. CARACTER DEL DERECHO DE RECESO EN CASO DE TRANSFORMACION 105

V. MOMENTO EN QUE SE DEBE EJERCER EL DERECHO DE RECESO 107

VI. SITUACION DEL SOCIO ABSTENIDO EN LA DELIBERACION DE TRANSFORMACION 108

CAPITULO	XXII.-	REVISION DE LA TRANSFORMACION-CAUSAL DE RECESO-POR LA SOCIEDAD	110
"	XXIII.-	VALOR DEL REEMBOLSO EN CASO DE RECESO POR TRANSFORMACION DE LA SOCIEDAD	112
"	XXIV.-	EFECTOS DEL RECESO EN CASO DE TRANSFORMACION	114
"	XXV.-	LA FUSION DE SOCIEDADES COMO CAUSAL DE RECESO. NOTICIA HISTORICA	115
"	XXVI.-	SIGUE: LA FUSION COMO CAUSAL DE RECESO.CONCEP TO DE FUSION	117
"	XXVII.-	LA FUSION Y SUS IMPLICANCIAS RESPECTO DEL DERE-CHO DE RECESO	119
		I .- OPOSICION DE LOS ACREEDORES	120
		II .- VALOR DEL REEMBOLSO EN CASO DE FUSION	122
		III.- RESPONSABILIDAD DE LA NUEVA SOCIEDAD O DE LA INCORPORANTE FRENTE AL RECEDENTE	123
		IV.- RESPONSABILIDAD DE LOS RECEDENTES	124
		V.- MOMENTO DEL REEMBOLSO	124
"	XXVIII.-	DOS HIPOTESIS DE FUSION EN LOS QUE SE EXCLUYE EL DERECHO DE RECESO	125
"	XXIX.-	EL DERECHO DEL ACCIONISTA DE LA SOCIEDAD INCOR-PORANTE A RECEDER EN CASO DE FUSION QUE DETERMI NE OTRA CAUSAL RELEVAN TE	128
"	XXX.-	LA ESCISION DE SOCIEDADES COMO CAUSAL DE RECESO. CONCEPTO Y CARACTERES	131
"	XXXI.-	SIGUE: LA ESCISION COMO CAUSAL DE RECESO.SU DEFI-CIENTE REGULACION NORMATIVA	133
"	XXXII.-	LA PRORROGA DEL CONTRATO SOCIAL COMO CAUSAL DE RECESO	136

CAPITULO: XXXIII.- EL CAMBIO DE OBJETO SOCIAL COMO CAUSAL DE RECESO 139

XXXIV.- OBJETO SOCIAL: DOCTRINA "ULTRA VIRES" 142

XXXV.- OBJETO SOCIAL E INTERES SOCIAL 144

XXXVI.- EL OBJETO SOCIAL EN EL CONTRATO PLURILATERAL DE ORGANIZACION 147

XXXVII.- CAMBIO DE OBJETO Y PARTICIPACION EN OTRAS SOCIEDADES 150

XXXVIII.- CRITERIOS PARA IDENTIFICAR EL CAMBIO DE OBJETO; CAUSAL RELEVANTE DEL DERECHO DE RECESO. DOCTRINA ITALIANA Y LEY DE SOCIEDADES 19550 153

XXXIX.- LA TRANSFERENCIA DEL DOMICILIO AL EXTRANJERO 158

XL.- EL REINTEGRO TOTAL O PARCIAL DEL CAPITAL COMO CAUSAL DE RECESO 161

XLI.- DOS HIPOTESIS CAUSALES DEL RECESO ORIGINADAS EN EL RETIRO DE LA OFERTA PUBLICA O COTIZACION DE LAS ACCIONES EN BOLSA 164

A) DISOLUCION DE LA SOCIEDAD POR SANCION DE RETIRO DE LA OFERTA PUBLICA O DE LA COTIZACION DE LAS ACCIONES EN BOLSA 164

B) EL RETIRO DE LA OFERTA PUBLICA O DE LA COTIZACION DE LAS ACCIONES POR DECISION ASAMBLEARIA 166

XLII.-EL AUMENTO DE CAPITAL COMO CAUSAL DE RECESO :

APROXIMACION AL TEMA 170

XLIII.-EL CONCEPTO DE CAPITAL 171

CAPITULO XLIV.- AUMENTO DEL CAPITAL SOCIAL: FORMAS

I.- AUMENTO DE CAPITAL POR EMISION DE NUEVAS ACCIONES: 173

A) Aumento Real con pago o nuevos aportes 173

B) Aumento nominal del capital:Por capitalización de reservas o beneficios. 175

C) Aumento nominal de capital por conversión de bonos de fundador en acciones 177

D) Aumento nominal del capital por conversión de obligaciones (Créditos contra la sociedad en acciones) 177

E) Aumento nominal de capital por conversión de obligaciones (debentures) emitidos por la sociedad en acciones 178

II.-AUMENTO SIN EMISION DE NUEVAS ACCIONES POR INCREMENTO DEL VALOR NOMINAL DE LAS ACCIONES PREEXISTENTES 179

III.-AUMENTO DE CAPITAL POR EMISION DE OBLIGACIONES CONVERTIBLES EN ACCIONES 179

XLV .- RECEPCION NORMATIVA DEL AUMENTO DE CAPITAL COMO CAUSAL DEL DERECHO DE RECESO.EVOLUCION HISTORICA 181

XLVI .- EL CASO LIDER "RUTIMOR" 185

XLVII .- OMISION DEL AUMENTO DE CAPITAL ENTRE LOS SUPUESTOS ESPECIALES DEL ART 244 L.S. 188

CAPITULO XLVIII.- DOCTRINA QUE ADMITE EL DERECHO DE RECESO POR AUMENTO DE CAPITAL 197

" XLIX .- DOCTRINA QUE NIEGA EL DERECHO DE RECESO EN CASO DE AUMENTO DE CAPITAL 198

L .- FUNDAMENTO TELEOLOGICO DEL AUMENTO DE CAPITAL COMO CAUSAL DE RECESO 205

TERCERA PARTE

EJERCICIO DEL DERECHO DE RECESO

		Pag
LI.-	TITULARIDAD -LEGITIMACION- PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE RECESO	208
LII.-	TITULARIDAD -LEGITIMACION- EN CASO DE TRANSFORMACION FUSION Y ESCISION	215
LIII.-	MOMENTO EN EL QUE DEBE DETENTARSE LA CALIDAD DEL ACCIONISTA	216
LIV.-	PRUEBA DE CALIDAD DE ACCIONISTA	220
LV.-	PLAZO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE RECESO	221
LVI.-	FORMA DE MANIFESTACION DE LA VOLUNTAD DE RECEDER	225
LVII.-	REVOCACION POR LA ASAMBLEA DE LA RESOLUCION MODIFICATORIA DEL ESTATUTO QUE CONSTITUYE CAUSAL RELEVANTE	227
LVIII.-	MODIFICACION DE LA DECISION DE LA ASAMBLEA QUE RESOLVIO LA TRANSFORMACION,FUSION O ESCISION	232
LIX.-	CADUCIDAD DEL DERECHO DE RECESO POR QUIEBRA DE LA SOCIEDAD	234

CUARTA PARTE

EFECTOS DEL RECESO

A) RESPECTO DEL ACCIONISTA Y DE LA SOCIEDAD

LX.- EFECTOS DEL RECESO RESPECTO DEL ACCIONISTA: SU SITUACION JURIDICA SOBREVINIENTE 235

LXI.- REDUCCION DE CAPITAL. SU VINCULACION CON EL DERECHO DE RECESO 236

CARACTERES DE LA REDUCCION DE CAPITAL 241

A) PRESUPUESTOS DE LA REDUCCION DE CAPITAL 241

B) CLASIFICACION DE LOS PROCEDIMIENTOS DE REDUCCION DE CAPITAL 241

C) LA REDUCCION DEL CAPITAL Y EL INTERES DE LOS ACREEDORES EN EL CASO DE RECESO 242

LXII.- FOCALIZACION DEL DERECHO DE RECESO COMO UNA DE LAS HIPOTESIS DE REDUCCION DE CAPITAL 243

LXIII.- SIGUE: EFECTOS DEL RECESO RESPECTO DE LA SOCIEDAD 246

LXIV.- PROCEDIMIENTO PARA EJECUTAR LA REDUCCION DEL CAPITAL CONSECUENTE AL RECESO 249

LV.- PRINCIPIOS QUE DEBE RESPETAR LA REDUCCION DEL CAPITAL A REALIZAR POR LA SOCIEDAD: IGUALDAD ENTRE LOS ACCIONISTAS Y DERECHO DE OPOSICION DE LOS ACREEDORES 256

259

CUARTA PARTE

EFECTOS DEL RECESO

B) VALOR DEL REEMBOLSO

Pag

LXVI.- FORMA DE DETERMINAR EL VALOR DE LAS ACCIONES CUYO REEMBOLSO CORRESPONDE POR EJERCICIO DEL DERECHO DE RECESO 263

I.- Introducción 263

II.- Sistema de Determinación del Valor de las Acciones 264

1°.- Ultimo Balance Aprobado 264

2°.- Balance Especial 269

3°.- Determinación Judicial 270

4°.- Soluciones Ecléctica s 271

LXVII.- EL SISTEMA ADOPTADO POR LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES PARA FIJAR EL VALOR DE LAS ACCIONES RECEDENTES 273

LXVIII.- CRITICA AL SISTEMA DE LA LEY 19.550 SOLUCIONES PROPUESTAS 278

Pautas para valuar las acciones 278

1) Balance Especial con Valores actualizados o fndices de Actualización para los Balances 278

2) Sistemas intermedios: Ultimo balance con vigencia temporal limitada 279

LXIX.- INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART.245 DE LA LEY DE SOCIEDADES 283

LXX.- FORMA DE PAGO DEL VALOR DE LAS ACCIONES 284

LXXI.- PLAZO PARA EL PAGO DEL VALOR DE LAS ACCIONES CRITICA AL SISTEMA YBASES PARA UN NUEVO REGIMEN LEGAL 289

LXXII.- REEMBOLSO,RESCATE Y AMORTIZACION DE ACCIONES 292

LXXIII.- NUESTRA OPINION CON RESPECTO AL VALOR DEL REEMBOLSO 296

PRIMERA PARTE

TEORIA DEL DERECHO DE RECESO

I.- PRIMERA APROXIMACION

Cuando las llamadas"compañías" difundidas a comienzos del siglo XVII comenzaron a ser el instrumento del comercio de las metropolis y sus colonias, fueron adquiriendo ciertas características, que hoy pasan a ser vestigios de ese importante instituto que tomó auge en el capitalismo moderno y-se denomina sociedad anónima.

Aquellas compañias surgieron a favor de actos particulares que en cada caso otorgaba el Rey por medio de una carta de incorporación,que la convertía en "corporación", concepto éste correspondiente al de personalidad jurídica con nota de limitación de responsabilidad al límite del aporte.

Asimismo se agrega a tan importante atributo la posibilidad de la transmisión de los aportes sociales, más tarde denominados "acciones".

Sus principios característicos eran:

1) La dependencia del poder que les otorgaba el carácter de corporación;
2) Su organización administrativa de tipo oligárquico;
3) La división del capital en acciones libremente transmisibles y
4) La responsabilidad limitada al monto del aporte.

Aquellos principios iniciales que le daban el carácter de ente de derecho público estructurado en base a una organización oligárquica de administración, fueron luego sustituídos por principios privatísticos y de organización democráticos, mientras que perduraron (para convertirse en sus notas principales) el carácter negociable de las acciones y la limitación en la responsabilidad.

El concepto de sociedad anónima aparece cuando la compañía por acciones es conceptuada en el Código Napoléon como sociedad, supeditada en cuanto a su naturaleza jurídica a los principios del contrato de sociedad del Cod.Civil.-

El especial ámbito político y las necesidades de desenvolvimiento al conjuro de las ideas económicas de la época generan la estructura de su organización sobre el principio democrático de la mayoría.Subsisten los tradicionales principios relativos a la limitación de responsabilidad y transmisibilidad de las acciones.

Así podemos decir que, surgida del Cod. de Comercio Francés de 1807 y perfilada con sus características definitivas en la Ley de 1877, se difunde la sociedad anónima prototípica de los países europeos y pasa a ser el instrumento de una nueva forma jurídica de empresa encuadrada dentro de la noción contractual, ideas políticas de libertad y organización democrática y las fundamentales y antiguas de la limitación de responsabilidad y negociabilidad de los títulos (1)

A fines del siglo pasado y a principios del presente la sociedad anónima apareció identificada con el capitalismo moderno a extremo tal que se llegó a afirmar que sin ella, éste no hubiera podido existír llegando a calificar a una época de la historia económica (2)

El devenir económico y político, la mutación de las sociedades del protocapitalismo al neo-capitalismo, fué exponiendo un nuevo tipo de empresa gigante (o "giant corporatión") para las cuales la estructura novedosa de fines del siglo XIX, pasó a ser prontamente insuficiente, incapaz,al parecer,de captar las exigencias múltiples de una nueva forma co-

---

(1) SOLA CAÑIZARES FELIPE de "Tratado de Sociedades Anónimas en el Derecho Español y en el Derecho Comparado",Barcelona 1953 p.37.

(2) SOLA CAÑIZARES F. "Tratado de Sociedades por Acciones en el Derecho Compañado" TEA 1957 p 15.

mercial e industrial que respondiendo a nuevas normas económicas, financieras tecnológicas, ponía frente a la evidencia de un nuevo tipo de emprendimiento en el que se conjugaba la existencia de un fuerte grupo de control (sin ser necesariamente mayoritario) con un generalmente dilatado espectro accionario, constituído por accionistas inversores, con su interés puesto más en el resultado de un dividendo que en el control de la explotación.

A la luz de aquellas exigencias aparecieron cuestionados los antiguos principios del contrato clásico y se imputó al viejo esquema su insuficiencia para adptarse a las nuevas exigencias de la nueva sociedad.

De todos modos la teoría del derecho de la sociedad-contrato permanece vigente, con la clásica perdurabilidad de las instituciones jurídicas afirmadas a través de una larga y fundada elaboración y encuentra respuesta con la teoría del contrato plurilateral de organización-asociativo- a las nuevas exigencias.

Lo cierto es que en la vieja estructura el principio de más difícil elaboración, es aquél que (en la, para entonces, novedosa fórmula de la sociedad anónima) pretendía la correspondencia del órgano de administración y control con el principio democrático de la voluntad mayoritaria, sin olvidar el origen contractual de la sociedad.

Así pues, poner la sociedad al servicio de la voluntad democrática supone identificar la voluntad social con la voluntad de la mayoría.

Pero la colisión entre ese principio, con los de la disciplina contractual aparecen allí donde los principios del contrato en sus aspectos

más importante aparecen agredidos por la voluntad mayoritaria.

Resulta entonces que el estatuto o acto constitutivo habrá de ser adaptado a las necesidades del desarrollo societario y a las novedosas exigencias en materia económica financiera y técnica que plantean a la sociedad, pero tal adaptación encuentra en la clásica concepción del contrato como acuerdo de voluntades, y a la consiguiente consecuencia que es la exigencia del consenso del socio para su modificación,un valladar jurídico difícil de superar.

A través de la modificación del estatuto por mayoría se va abriendo camino la respuesta jurídica a la necesidad funcional de la empresa.

Paulatinamente se va operando entonces la aplicación de la regla mayoritaria respecto de aquellos actos necesarios a los que aún cuando importen modificación del estatuto (contrato),significan también un sometimiento para ~~e~~os actos modificatorios y del socio singular a la regla mayoritaria.

Este sometimiento o derogación del principio del consenso para la modificación del contrato (estatuto) en aras de la funcionalidad de la sociedad encuentra en el derecho de separación del accionista disconforme una valiosa correspondencia.

La sociedad encontrará así satisfacción a su interés lícito de modificar su estatuto en aras del cumplimiento de sus objetivos sociales y el accionista,en el derecho de separación el respeto de su voluntad primigenia en cuanto sean alterados sin su consenso los principios del riesgo a los que adhirió al constituir la sociedad o adquirir el título.

Derecho de receso (3)fue denominado este instituto en la doctrina y legislación italiana(derecho de separación en algunas legislaciones de países hispánicos)de trabajosa elaboración;de polémica valoración y de difícil instrumentación,al cual dedicamos este trabajo.

---

(3) del latín "recessus" :separación,apartamiento,desvío.

II.- INTRODUCCION Y EVOLUCION DE LA REGLA DE MODIFICACION DEL ESTATUTO POR MAYORIA

Corresponde para una mejor interpretación del instituto realizar un breve comentario en torno a la evolución histórica de las facultades de la asamblea para deliberar y decidir la modificación del estatuto por mayoría.

En las sociedades por acciones ha sido objeto de una lenta evolución cuyas distintas etapas guardan estricta vinculación,no sólo con el momento histórico y las necesidades jurídicas de adaptación a la realidad económica y financiera sino con la experiencia resultante de cada uno de los intentos legislativos o jurisprudenciales realizados.

Ya con el art.31 de la ley francesa del 24 de julio de 1867 y la alemana de 1861 se encuentra un punto de partida en esta lenta elaboración del polémico instituto,a través de la introducción de la regla de modificación del estatuto por mayoría.

Se trata de una posición novedosa en la que las normas se limitaban a establecer el número de accionistas necesarios para deliberar pero en todo caso, presuponiendo una disposición expresa del estatuto que autorizase la modificación por mayoría.(4)

En caso de falta de disposición expresa que posibilitase la modificación por mayoría,regía la norma general de la exigencia de la unanimidad para modificar el estatuto.

Se advierte entonces una diversificación de categorías de actos: a) los de gestión o actividad ejecutiva del contrato,para los cuales rige la regla mayoritaria; b) los de modificación,para los que a falta de disposición expresa permisiva de la aplicación de la regla mayoritaria,correspon

---

(4) DONADIO "II recesso del socio per modifiche statutarie " Milan 1940 p.4 y ss.

de la regla de la unanimidad,afirmándose entonces que la regulación de una relación contractual requiere el consenso de los contratantes.

En una segunda etapa se distingue en los estatutos entre las "bases esenciales de la sociedad" elaborada en la jurisprudencia francesa en un intento de determinación de aquellos elementos que se reputan inmodificables aunque el estatuto previese la modificación en general,partiendo de la base de la conceptuación del estatuto como contrato y la consecuente aplicación de la correlativa disciplina (5).

Por oposición a las bases esenciales,se distinguen las cláusulas accesorias.

Para las bases esenciales aparece el requisito permanente de la unanimidad mientras que para las cláusulas accesorias queda reservada la aplicación de la regla mayoritaria .

En forma paralela se elabora la teoría de los "derechos individuales de los accionistas" con referencia a las llamadas posiciones subjetivas intangibles por la mayoría (6) representados en las cláusulas del estatuto,por elementos de fundamental importancia y por ello inmodificables (7).

Era en extremo difícil encontrar un criterio objetivo para establecer las cláusulas de fundamental importancia y consecuentemente inmodificables,tanto más cuando se atendiese a la figura del accionista medio,lo que explica las diversas direcciones tomadas por la doctrina en el tema de los derechos individuales intangibles.

---

(5) LYON,CAEN,RENAULD "Traité de droit Commercial" 4ta. ed.,Paris 1909, p.254.
(6) Iniciada por Thaller en un comentario a una sentencia de la Corte de Casación del 30 de Mayo de 1892.
(7) RIVOLTA "La partecipazione sociale" Milan 1965,p.22.

No obstante, en esta etapa todavía se admite que el estatuto pudiera con una cláusula prohibitiva excluír la modificación por mayoría,quizá como un a forma de reconocer positivamente la dificultad exteriorizada por la doctrina en torno a la precisión de los llamados derechos individuales de los accionistas, constitutivos del contenido de las "bases esenciales de la sociedad".

III. Una etapa que marca una ostensible avance es la configurada por la posibilidad de decidír la modificación por la asamblea por mayoría reforzada.

En esta línea se advierten distintas variantes, entre las que se pueden ubicar la ley francesa del 22 de noviembre de 1913, que así lo establece pero con la exclusión de las causales del cambio de nacionalidad y ampliación de los aportes; la ley alemana de 1897 que admite la deliberación por la asamblea de algunas modificaciones del estatuto por mayoría reforzadas de tres cuartos salvo disposición en contra del estatuto y el Código Italiano de Comercio de 1882 (que modifica el de 1865) el que también autoriza a la asamblea para la modificación de los estatutos pero en las hipótesis de fusión, aumentos de capital y cambio de objeto reconoce al accionista el derecho de separación

IV. En un avance legislativo doctrinario e histórico calificamos una cuarta etapa en la cual se prohibe establecer en el estatuto límites al poder de modificación por la asamblea.

Así acontece con la ley francesa del 1°de mayo de 1930. (8)

---

(8) Conf: BOSVIEUX N. " De l' organisatión et des pouvoirs de l' assamblée genérale extraordinaire des actionnaires sous le régime de la loi du ler. mai 1930", Paris 1933 p.20 y ss.

De este modo del principio inicial de la inmodificabilidad de los estatutos, pasando por una progresiva admisión de la regla mayoritaria para algunas modificaciones de los estatutos (y luego para todas) se llega a la antípoda de la posición inicial: inderogabilidad del principio mayoritario.

La evolución histórica muestra la prevalencia del criterio de la funcionalidad y desarrollo de la empresa sobre los principios de la autonomía contractual.

Se anota que este difícil tema de la modificación de los estatutos aparece polémico a través de su evolución histórica solamente en las sociedades capitalistas limitado al régimen de la sociedad por acciones.

En cambio en las sociedades personales tiene permanencia la regla de la unanimidad . (9)

---

(9) Art 131, 139, 145, 160 L.S.

III.- BUSQUEDA DE LA FUNDAMENTACION DE LA APLICACION DE LA REGLA MAYORITARIA EN LA SOCIEDAD DE CAPITALES

Constituye ardua tarea encontrar solución satisfacto--ria en la búsqueda de explicación de una regla uniforme en el ámbito jurídico que dé fundamentación a la vigencia de la regla mayoritaria para la delibera--ción de la modificación del estatuto en las sociedades de capitales y la con--traria del consenso unánime, que se requiere en las sociedades de personas.

La doctrina atiende a distintas pautas; así se pone el acento en el distinto régimen de responsabilidad de los socios (ilimitada en la de personas; limitada en la de capitales)lo que significaría indicar el requisito del consentimiento unánime en las primeras, y la admisión de la re-gla mayoritaria para la segunda. Pero basta advertír la hipótesis de la socie-dad en comandita simple, en la que la modificación del estatuto exige la con-formidad de todos los socios, entre ellos por supuesto los comanditarios,no obs tante la limitación que constituye la nota escencial de su responsabilidad, lo que hecha por tierra la posibilidad de aplicar este criterio.(10)

Tampoco permanece exenta de excepciones la situación proyectada a las sociedades según tuvieren o no personalidad jurídica que per-mitiese adjudicar la regla mayoritaria a las corporaciones (siempre dotadas de personalidad jurídica) porque si bien se admite la estricta correspondencia entre personalidad jurídica, organización corporativa y responsabilidad limita-da, aparece pronto una excepción impeditiva de la aceptación de esta regla en la hipótesis de la sociedad en comandita por acciones, donde coexisten persona-lidad jurídica y socios ilimitadamente responsables a los que se impone no obs tante la regla de la mayoría y ello porque el régimen de la responsabilidad li-mitada es la razón o explicación del reconocimiento de la personalidad jurídica(11

---

(10) art. 139 L.S.

(11) RAGUSA MAGGIORE " Personalitá giuridica e societá di capitali" en Riv. Societá 1970 p. 547 ss.

UNIVERSIDAD DEL SALVADOR
FACULTAD DE DERECHO
BIBLIOTECA

pero no es un componente absoluto de la misma. (12)

La búsqueda de una explicación racional a la regla mayoritaria en la sociedad de capitales no logra una explicación que resulte totalmente satisfactoria, libre de excepciones, por lo cual se pone el acento más que en los presupuestos teóricos, en las necesidades diversas de funcionamiento de las dos clases de sociedades, de personas y de capitales, en las que se apunta, para las primeras a su carácter de forma operativa entre dos o más empresarios; y para las segundas a su función instrumental en la producción o intercambio de bienes o servicios.

Las exigencias funcionales de ambas determinan distintas disciplinas; pues mientras para las sociedades de personas la modificación del contrato social permanece en la órbita de competencia de todos los socios, lo que supone el consenso de cada uno de ellos- regla de la unanimidad-; inversamente cuando se trata de la sociedad de capitales la decisión modificatoria/produce necesariamente, por mayoría, por que la voluntad del cuerpo colegiado es la que surge de la aplicación de la regla mayoritaria.

---

(12) TANTINI " Le Modificazioni dell' atto costitutivo nella societá per azioni" Padova 1973, p 17 y ss.
"Aparece prevalente como elemento típico de la personalidad jurídica la organización corporativa (antes que la limitación de responsabilidad) con inderogable división en órganos con funciones distintas, para la cual la regla mayoritaria emerge como un elemento de su propia estructura en razón de la limitación de responsabilidad".

IV.- LA MODIFICACION DEL ESTATUTO

Exigencias novedosas en permanente mutación,de las condiciones objetivas (13) en las que la sociedad se desenvuelve(técnicas, económicas,administrativas y financieras) determinan un consecuente cambio en las formas de organización,gestión y administración;nuevos modos o tipos de financiación y objetivos para la producción;diversificación de mercados, todo lo cual exige a su vez la adecuación del acto constitutivo u originario contrato social (o en todo caso del contrato social actual vigente) a las nuevas necesidades.Tal adecuación implica la modificación del mismo.

El acto constitutivo(ya veremos porque lo conceptuamos sinónimo de estatuto) es un elemento informante de los objetivos de la sociedad y de los métodos para su consecución;pero la sociedad está concebida como relación de duración en el tiempo;de actividad que perdura y se prolonga. El cambio de las condiciones objetivas referidas encuentra en la modificación del estatuto el medio apto para que la sociedad enfrente las nuevas exigencias. Se ha dicho,por ello que la modificación del estatuto refleja el momento dinámico de la sociedad en su aspecto no de actividad o gestión de sus negocios, sino de su devenir,de su permanencia y desarrollo,de su restructuración continua como acto instrumental e incide sobre la organización en sentido normativo(salvo excepciones en las que se resuelve en un mero acto contable en las que la modificación no es sino el reconocimiento de hechos preexistentes:caso aumento de capital por revaluo,reducción de capital por anulación de acciones, o por pérdidas de determinada entidad (14).

---

(13) En la sociedad de personas también las condiciones subjetivas: aquellas que afectan directamente a ls personas de los socios, sin incidencia relevante en las sociedades por acciones.

(14) art.220 il),205 y 206 L.S.

Normalmente el cambio o modificación del estatuto será seguido de un acto ejecutivo consecuente en la organización de hecho (15).

Ocasionalmente la modificación puede ser mera ejecución del estatuto cuando el mismo expresamente no prevee la sucesiva modificación formal (la delegación en el órgano de administración del aumento de capital dentro de ciertos límites o en forma ya autorizada por el órgano de deliberaciones) (16).

Ahora ya podría conceptualizarse (no propiamente definir) la modificación del estatuto en el sentido estrictamente jurídico o positivo,a la cual más adelante denominaremos modificación propiamente dicha, como el cambio de uno cualesquiera de sus elementos destinado a incidir en el ordenamiento de la sociedad,en las relaciones entre los socios o en la integración o supresión de la estructura societaria o de sus elementos particulares(17).

Tiene requisitos en su deliberación,decisión y publicidad,y abarca un espectro de gran latitud,desde lo más leves hasta los más extremos: desde el cambio de domicilio a la vereda de enfrente,hasta las hipótesis en que se agreden los aspectos más sustanciales de la organización de la relación o participación de los socios (el cambio de tipo que puede llegar hasta la pérdida,o adquisición,de la personalidad jurídica) y a límites de tal trascendencia que sólo encuentran su vigencia en el derecho positivo en el reconocimiento del derecho de separación o receso a favor del socio con cuyo consenso no se cuente .

---

(15) CORAPI "Gli statuti delle societá per azioni" Milan 1971 p.106 y ss.
(16) art.188 L.S.
(17) TANTINI "Le modificazioni..." cit.P.22

V.- LA MODIFICACION DEL ESTATUTO Y LA INALTERABILIDAD DE LA ENTIDAD SOCIETARIA. CATEGORIAS DE MODIFICACIONES IMPLICADAS EN EL DERECHO DE RECESO

La doctrina concuerda en reconocer que el elemento tipificante de la modificación (a diferencia de otros tipos de cambios) es la subsistencia de la individualidad del ente modificado (sociedad) (18) lo que lleva a enfrentarnos con un tema arduamente debatido como lo es el de los caracteres individualizantes de la sociedad.

Resulta imposible afirmar que la sociedad se individualice con alguno o hasta con algunos (conjuntamente) de los elementos obligatorios para su constitución; a tal punto que un fallo relativamente reciente de la Casación Italiana del 24 de noviembre de 1970 sostuvo que el cambio de objeto y de la denominación sociales no importan por si mismos la extinción de la sociedad sino una modificación importante del acto constitutivo (19)

Es todo un conjunto plural constituído por elementos - aisladamente insuficientes, lo que podrá dar a la sociedad caracteres que la individualicen.

No obstante ,luego de sucesivas modificaciones es dudoso que la sociedad mantenga sus caracteres individualizantes. Luego de cambios sucesivos,de cada uno de los cuales resulte subsistente la individualidad del ente, puede llegarse a una sociedad sustancialmente diversa de la originaria por lo que se concluye que así como cualquier cambio del acto constitutivo o estatuto constituye modificación en sentido positivo, contrariamente, no es caracterizante de la modificación su incidencia sobre los distintos elementos de la sociedad (nombre, denominación, objeto, capital etc) pues su mutación (el de tales elementos) no supone extinción de la sociedad como tipo de un determinado ente.

---

(18) GRECO, "La societá nell sistema legislativo italiano" Torino 1959,p.337: el poder modificativo con aplicación de la regla mayoritaria no reconoce más límites que los derechos individuales e inderogables de los socios y las normas imperativas del orden público y las buenas costumbres.

(19) Rivista Giustizia Civile 1970-I-1519 nota de Carlo Giannatasio.-

Los diversos y sucesivos cambios no alteran la individualidad de la sociedad que permanece:pero si nos fuera dado aplicar un velo histórico,que borrase la sucesión de modificaciones entre la sociedad originaria y/resultante de la última modificación nos encontraríamos sin lugar a dudas con dos sociedades sustancialmente diversas de modo que sólo el camino histórico inverso,nos permitiría reencontrar la sociedad de origen, pero ello de ninguna manera implica que la sociedad,hubiera dejado de existir luego de las sucesivas modificaciones de su acto constitutivo o estatuto.

CATEGORIAS DE MODIFICACIONES:

Advirtiendo ya que el derecho de separación o receso reconoce como causales generadoras actos modificativos del estatuto,aparece de fundamental importancia en nuestro estudio la clara definición del perfil de la modificación en sentido jurídico,doctrinario y positivo.

a) Positiva o técnica:

En nuestro camino hacia la determinación de las modificaciones relevantes debemos reparar en la distinción de modificación en sentido amplio (o modificación propiamente dicha) y en sentido técnico.

La primer categoría fue ya conceptuada como el cambio positivo u objetivo del acto constitutivo o del estatuto vigente;la segunda es una especie del género anterior(cuyo género es más amplio) que requiere procedimiento y publicidad reglados (20).

---

(20) (GALGANO " Il principio di maggioranza nelle societá personali" Padova 1960 p.35: en las sociedades de personas se cita como ejemplo la exclusión del socio la que configura una modificación al solo fin de la inscripción.Es una modificación en sentido técnico cuya disciplina no encaja en los principios de las modificaciones del contrato sino más bien en los de la resolución por incumplimiento) (art.91 y 92 inc.2 L.S.).
En las sociedades de capitales,el cambio de socios-accionistas no supone modificación del estatuto.

b) Voluntaria o meramente receptiva y obligatoria:

Corresponde ahora desbrozar otra categoría: la modificación del estatuto en sentido propio entendiendo por tal el cambio voluntario del estatuto o acto del grupo que delibera y decide diversas modalidades o elementos en sustitución o integración de los existentes (acto autónomo modificatorio de la relación social), o,diversamente, la modificación consecutiva o sólo receptiva del hecho extraño a la voluntad de deliberación de los socios. Así por ejemplo la reducción del capital obligatorio por pérdidas que absorven las reservas y el 50% del capital social (art 206 L.S.) o por revalúo de bienes o por anulación de acciones etc.procedimiento que supone la modificación de uno de los elementos del acto constitutivo, el capital,pero que en esencia es la rectificación del capital nominal para adecuarlo a la realidad. Requiere un proceso deliberativo y decisorio de la asamblea y está sujeto a inscripción pero no corresponde a una decisión voluntaria, a diferencia de la modificación propiamente tal,sino un sometimiento de la apariencia o mera forma representada por el capital nominal a la realidad (capital real).

Mientras en la modificación voluntaria en sentido propio la deliberación de los socios y su decisión es seguida del cambio de organización, administración o relación, que son consecuencia del acto voluntario del socio así decidido,inversamente en la modificación impropia o receptiva, cronológicamente acontece primero el hecho- que luego el procedimiento de los socios se limita a verificar y dado su carácter obligatorio (a diferencia del carácter voluntario de la otra categoría) sucede la consecuente modificación de la relación (21)

---

(21) La hipótesis del art 203 L.S. comporta una modificacion del estatuto voluntarió;lá del art 206 L.S. es en cambio receptiva u obligatoria.

Anticipamos ya, en orden a la disciplina del derecho de separación del accionista, que la modificación estatutaria implicada en el instituto,es la modificación positiva (que también exige las notas de la modificación en sentido técnico: deliberación, publicidad e inscripción) y voluntaria,con excepción del caso de receso por sanción firme del retiro de la oferta pública o de la cotización de las acciones en Bolsa en el que la causal reconoce una voluntad extraña a la asamblea. No obstante indirectamente puede interpretarse también que en tal caso la voluntad decisoria de la causal reposa en la misma asamblea desde que ésta podría aquí por vía de su forma extraordinaria, dejar sin efecto la causal acontecida por voluntad extraña. Podríamos concluír que el acto voluntario de la asamblea radica en no exponer la voluntad contraria a la disolución.

VI.-EL ACTO CONSTITUTIVO, EL ESTATUTO Y LA DISCIPLINA CONTRACTUAL

Razones de método y expresión obligan a la precisión de dos términos significativos de dos institutos diversos, respecto de cuya trascendencia y disciplina en orden a nuestro estudio es menester una clarificación previa para facilitar el ulterior desarrollo y evitar confusiones.

El acto constitutivo es el conjunto de cláusulas que reglan los elementos necesarios al origen de la sociedad. El estatuto es el conjunto de cláusulas que norman la organización y funcionamiento (también liquidación) de la sociedad establecido por imperio de la ley para conformar el tipo (elegido por los socios), o por los mismos socios para integrar o derogar (en el ámbito de lo permitido) la disciplina legal que regla el tipo social electo.

En doctrina aparece convincente la afirmación de la inadmisibilidad de una duplicación de naturaleza y disciplina auspiciándose el reconocimiento de un tratamiento unitario.

El ordenamiento de la sociedad por acciones es de tipo contractual creado por la autonomía de las partes, en el ámbito de un esquema típico impuesto por la ley (art 1 L.S.). Las normas estatutarias constituyen el trámite a traves del que las normas organizativas fijadas abstractamente por la ley para la calificación del tipo "sociedad por acciones" entrando a formar parte del singular ordenamiento "estatutario", gobiernan la vida de las diversas sociedades por acciones como organismo concretamente existente en el ordenamiento general.

La conclusión doctrinaria respecto de la identidad de tratamiento hace la remisión de ambos actos (22) a las normas que regulan los contratos

---

(22) CORAPI "Gli statuti..." cit.pag 192 y ss. 343 ss.) acto constitutivo y estatuto deben ser interpretados con arreglo a las normas sobre los contratos.

Pero otra doctrina partiendo del principio de que en la sociedad con personalidad jurídica la disciplina o regulación del grupo asume relieve en el plano del ordenamiento general (que predispone el contenido y efecto de la relación) concluye que el ordenamiento estatutario debe ser excluído de la perspectiva contractual. (23)

No obstante, anticipamos, se puede afirmar que el estatuto tiene trascedencia en carácter de reglamento contractual que establece normas de conducta que regulan el funcionamiento del grupo delimitando la estructura de la sociedad.

Las reglas estatutarias tiene características de generalidad y abstracción que son inherentes a toda regla de organización de una actividad. (24)

Modificación del acto constitutivo (o estatuto) es cual-- quier cambio de una cláusula del mismo (comprendida la derogación a las normas dispositivas del ordenamiento legal) (25).

---

(23)SCORZA "Gli statuti degli enti a tipo associativo,con particulare riferimento alle societá di commercio"- Roma 1934 p.142: A la luz de las normas contractuales no se explicaría la oponibilidad a terceros por lo que las normas del estatuto no serían expresión de la autonomía de lavoluntad sino que asumirían el carácter de normas objetivas en cuanto el ordenamiento estatal haría reenvío a las normas del ordenamiento so cietario. Se contesta que la oponibilidad es el resultado de la publica ción del acto, no del mismo estatuto ya que este no produce efecto en la esfera jurídica de terceros. Conf. AULETTA"II contrato de societá commer ciale" Milan 1937 p. 61 ROMANO PAVONI:"Teoría delle societá"Milan 1935 p.308

(24) MESSINEO: "Enciclopedia del Diritto "Milan 1962 Voz:"Contrato Normativo y contratto tipo":Mientras las reglas estatutarias están destinadas a una actividad en acto (en desarrollo),los contratos normativos lo están a relaciones futuras,potenciales.

(25) COLOMBRES Gervasio "Derecho societario" B.Aires Ed.1972 p 84: Las normas jurídicas son: 1)Imperativas (ordenan sin facultar una conducta diversa); 2) Prohibitivas (imponen una omisión); 3) Permisivas ó facultativas o dispositivas; pueden dividirse en a) supletivas (regulan conducta con facultad de apartarse de ellas); b) interpretativas (interpretan conducta) c) los que autorizan una conducta.

La factibilidad de modificación del acto constitutivo (o estatutos) por medio de un acto colegiado de los socios impone considerar la concepción de la sociedad como contrato y como persona jurídica para determinar la exis tencia de vinculación entre el negocio de creación de la sociedad instrumentado en el "acto constitutivo" y el posterior, de modificación del estatuto,ya definido.

Así se insinúa la particular incidencia del problema de la teoría general de la sociedad y su naturaleza (contractual o extracontractual) sobre las modificaciones del estatuto, tutela de la minoría, y derechos indivi duales de los accionistas, a su vez íntimamente vinculados con la del derecho de separación del accionista.

Varias teorías, entre ellas con diversas variantes conceptuales,a las cuales se ha denominado institucionalistas, están contestes en admitír el orígen contractual de la sociedad. (26)

Pero afirman que el contrato original que organiza y pone en función el grupo no se extingue en sí mismo sino que el ordenamiento del grupo sustituye a la relación contractual.

La teoría contractual de la sociedad encuentra aguda crítica en quienes sostienen que la modificación del estatuto de la sociedad con personalidad jurídica por la asamblea, subordinada a la aplicación de la regla mayoritaria es incompatible con el principio de unanimidad vigente en la disciplina contractual.

---

(26) CORAPI "Gli statuti..."cit p 60: se hace referencia al contrato de cam bio o al asociativo: " Si bien en todo tipo de contrato está presente un principio de colaboración, en orden a conjugar los intereses de las partes, en los contratos de cambio el momento de la colaboración se agota rigurosamente en el acto,mientras en los contratos asociativos en general- y en el contrato de sociedad en particular- la colaboración se proyecta en función de la organización de la actividad, en la face de actuación".